

POR DOÑA MARIA de Sande y Messa.

CON

DON FRANCISCO DE Eguiluz Herencia, y consortes.

POR Auerse dado por doña Maria de Sande otros papeles, en que exactamẽte se ha informado de su justicia, sobre la pretension de las legitimas de sus quatro hermanos, que es lo que estâ remitido en discordia.

Solo seruirà este de responder al vltimo de

don Francisco de Eguiluz, assi quanto a lo constante del hecho, como en el punto del derecho: porque en vno, y en otro parece auerse aluzinado su Autor.

Y para proceder con claridad se seguirà el orden de sus mismos numeros.

Respuesta al numero 4.

1 Despues de la diuision que se haze en el papel contrario en los 3. primeros numeros,

2 Dize en el *num.* 4. que dos clausulas que se refieren en el vltimo papel de doña Maria de Sande, de las fundaciones del mayorazgo, estan truncadas, y sin aduertir, ni expressar lo que piensa que falta, entrà oponiendo defecto en obscuro, y por mayor, sin acordarse de lo que por sentencia de Reynerio dize Baldo, que no ay que hazer caso, ni merece respuesta semejante replica, *in l. edita actio, C. de edend. num. 110. versic. dicit Rainerius, quod ista verba reddũt oppositionem obscuram, & quod non debet responderi.*

3 Ni aunque quisiera expressarlo pudiera, por auerse referido, y puesto en nuestro papel las palabras formales de las clausulas, que conducen a lo dispuesto en las legitimas, sin que falte palabra de lo sustancial, en conformidad del memorial ajustado que ha impresso el Relator, cuya verdad infalible no dexa inclinar el juizio a lo contrario, ni que alguno de los litigantes pueda truncar, ni alterar el hecho: y se conuencerà mas claramente esta certidumbre con lo que en los numeros siguientes iremos ajustando, y ponderando.

Respues-

Respuesta al numero 5. y siguientes hasta el 12.

4 Insistiendo todavia don Francisco Eguiluz, que està defectuosa la relaciõ del hecho en nuestro papel, dize que consiste no solo en las clausulas, sino en todos los autos del pleito, sobre que salio executoria del Consejo, y que con ella se ha de determinar el punto remitido, oponiendo cosa juzgada en quanto a la pretension de las quatro legitimas.

Sed hoc absque vllo fundamento dictum putamus.

5 Porque para auer cosa juzgada, y executoria en el caso presente, auia de auer dos sentencias, vna del Alcalde, y otra del Consejo, segun *la l.20. titul.4. lib.2. Recopil. l.6. titul.17. lib.4.* ibi: *Ordenamos que despues que el juizio se diere por el Alcalde fuere confirmado.*

6 Y aqui no ay mas de vna sentencia, que es la del Consejo, que determinasse el punto, porque en la que dio el señor don Gregorio Mendizaual, siendo Alcalde, no huuo determinacion, sino antes reserua, como por ella consta, y por la declaracion de su sentencia, que despues hizo legitimamente.

7 Et sic alia instantia opus est, como dixo la *gloss. 1. ad fin. in l. Bebius Marcellus, ff. de pact. dotal.* demas de otras alegaciones, y doctrinas puestas en el primer papel de doña Maria Sande, num. *6.* para complemento de las dos instancias de vista, y revista, que la ley concede a todo litigante sobre qualquiera pretension, *vt in dict. l.20. tit.4. lib.2. & l.6. tit.17. lib.4.*

Y de

8 Y de no entenderlo assi en este sentido, sino como la parte contraria quiere, se vendria a incidir en vn absurdo manifiesto, de que dos calidades inter se tan opuestas, & qui mutuo se impediunt, scilicet determinacion, y reserua puedan ser compatibles en vn punto indiuisible, como alegando a Oldrad. *cons. 108, num. 2. vers. circa secundam quæstionem*, lo ponderò doctamente para el punto Cardinal Tusch. *practicar. conclus. liter. P. conclus. 314. num. 1.*

Y como esta resolucion es tan juridica, reconociò su dificultad quien escriuio el papel contrario, passando en silencio el articulo de la reserua, sin responder a ella, porque le parecio insuperable.

Solo ponderò en el *nu.* 11. la confirmacion que por la sentencia del Consejo parece auerse hecho de la del señor don Gregorio Mendizaual, según refiere en el dicho numero.

9 *Porque si la sentencia del Consejo no tuuiera determinadas en la sentencia del señor don Gregorio las pretensiones de doña Maria*, vna de las quales, y la mas principal, fue la de las legitimas, no dixera que confirmaua la dicha sentencia, en quanto a las demas pretensiones de ambas partes, en que los absoluio dellas, y dio por libres al mayorazgo, y al dicho don Francisco Eguiluz, y consortes, de todas las deduzidas por la dicha doña Maria, añadiendo: Excepto en quanto a los 8U ducados, para dar mas fuerça a la confirmacion, exceptuando de las dichas pretensiones la de los dichos 8U ducados; nam casus exceptus firmat regulam in contrarium, *l. nam quod liquidè, §. fin. ff. de pen. legat.* con lo demas que sobre esto dize.

10 Assunto raro, pues la dicha confirmacion nunca

ca pudo caer sobre lo que no se auia determinado en la sentencia del señor don Gregorio (esto es quanto a las quatro legitimas.)

11 Pues vino a faltar, y faltò el ente confirmable, que auia de auer precedido necessariamente para sujeto de la misma confirmacion, cum qualitas sine subiecto esse non posit, *l. 2. de vsufruct. l. eius qui, §. sed & si quis stipulatus, ff. si cert. petat.* Gutierr. *consil. 35. num. 2.* D. Valenzuela Velazq. *cons. 33. num. 212.*

12 Et ex mente Bald. tradit Decius *in rubric. C. de confirmat. vtilit. vel inutil. num. 3. quod confirmatio est ad aliud ratio, & pendet ex illo tanquam substantiali.*

Nec oberit, dezir se contuuo en la sentencia del Consejo confirmacion, en quanto a las dichas pretensiones, con que parece poderse inferir auer sido en la primera instancia determinadas por el Alcalde, contra doña Maria de Sande.

13 Porque se ha de entender con presupuesto legal de auer precedido determinacion expressa, y no la auiendo (como no la huuo) no es posible poder la confirmacion del Consejo surtir efecto de reuista, vt in simili afirmò Philippo Dec. *in d. rubric. de confirmat. vtilit. vel inutil. num. 2.* versic. *confirmatio semper præsuponit aliquid prius esse, quod confirmetur.*

14 Y esto mismo se percibe claramente del *cap. inter dilectos, §. cæterum, de fide instrumentor.* (que es el texto que para lo contrario se alega en el *num.* 10. del papel contrario) donde auiendose dudado si la confirmacion absoluta podia caer sobre lo que no podia ser confirmado, se respondio que no, aunque aliàs las palabras de la confirmacion pareciessen aptas, y absolutas para comprehenderlo.

15 Ni dio mas fuerça a la confirmacion auer exceptuado la partida de los 8U ducados en que fue condenado el mayorazgo, por via de excepcion de las demas pretensiones, la qual no pudo firmar la regla en contrario, en orden a suponer que en la sentencia del señor don Gregorio auiã sido determinadas.

16 Lo vno, porque el brocardico de que casus exceptatus firmat regulam in contrarium, no se admite donde no ay (como aqui no huuo) regla determinatiua, tacita, ni expressa, donde pudiesse proceder la excepcion con el atributo de auer quedado determinadas las dichas pretensiones en la primera sentencia, pues no huuo tal determinacion (como se ha repetido) ni la excepciõ que por su naturaleza mira à diminuir la regla, la puede suponer, ni aumentar contra iura notissima, in *l. generali, §. vxori, de vsu, & vsufruct. legat.* cum alijs, que para el punto juntò, y ponderò la decis. de Fontanel. 168. *num.* 16. & 17. el qual discurre al proposito delgadamente, y ansi mismo en lo de *pactis nuptialib. tom. 1. clausul. 5. gloss. 21. part. 2. num. 36.* Y es elegante la decis. de Surd. 124. *num.* 17. qui etiam en este mismo sentido refieren otros muchos.

17 Lo otro, porque lo que quando mucho pudiesse obrar la sentencia del Consejo, absoluiendo al mayorazgo de las pretensiones de doña Maria de Sande, excepto de las de los 8U ducados en en que le condenò, seria, y fue en fuerça de nueuo grauamen, y aditamento de lo que no contuuo, ni decidio la sentencia del señor don Gregorio, y por esso vino a ser, y fue suplicable, por ser en el punto la primera dererminacion, & sic de vista, ex traditis à Couarr. *practicar. cap. 25. nu. 6.*

No-

Noguerol *allegat.* 2. *num.* 17. con los demas referidos en el primer de doña Maria de Sande, *num.* 16. & 17. y en la adicion *num.* 13.

18 Y concurre, que auiendo la parte contraria opuesto cosa juzgada de la sentencia del Consejo, por dezir era de reuista, y que se auia de repeler la peticion de suplicacion que della se interpuso por doña Maria de Sande, insistiendo en que se le auian de hazer buenas las quatro legitimas de sus hermanos, y demas pretensiones: se mandò responder derechamente por autos de vista, y reuista, de que resulta cosa juzgada, para que don Francisco, ni sus consortes no puedan boluer a suscitar lo mismo en q̃ fueron vencidos: y no importa lo fuessen in vim dilatoriæ, pues della fuit plenè cognitum, con vista de todo el pleito, sin que aora aya mas diferencia, que auerla buelto à poner en fuerça de peremptoria, a lo qual està bastantemente satisfecho en el papel de la dicha adicion, *ex num.* 16. *vsque ad* 20. & videndi sunt Barbos. *in l. diuortio, §. fin. ff. solut. matrim. num.* 55. vers. *id tamen explicandum est, quando plenè, & solemniter fuit cognitum*, y el señor Larrea *decis. Granatens.* 39. & 40. vbi ad saturitatem.

Con lo qual totalmente queda desvanecido lo que en el papel contrario tan animosamente se propuso contra la relacion del hecho, valiendose de excepciõ tan friuola, como la cosa juzgada, que de nueuo buelue a inferir, y refricar de la sentencia del Consejo.

Respuesta à los numeros 15. 16. 17. 18. 19. 20. & 21.

Pregunta la parte contraria, que donde està la par-

particion, y diuision que suponemos auer hecho los fundadores en su vida entre sus hijos.

19 Y para responder se le trae primero a la memoria lo que el Consulto Celso respondio en la *l. Domitius Labeo, ff. qui testament. fac. poss.* a la pregunta que le hizo Domicio Labeon, poniendo duda en lo que no la auia, ni podia auer en punto tan claro de si el que escriuia las tablas del testato podia ser testigo en èl? y admirado Celso de tal pregunta, respondio: *Plus enim, quam ridiculum est dubitare an aliquis testis iure adhibitus sit, quoniam idem, & tabulas testamenti scripsisset.*

Cuyas palabras son muy a proposito para responder a la parte contraria en lo que ha dudado, y preguntado.

20 Pues lo que por la nuestra se ha dicho con toda claridad, no es que huuo particion, y diuision, hecha formaliter, como se suele hazer entre los hijos, y herederos despues de la muerte de sus padres, nombrando contadores, y partidores, sino que en vida de los vnos, y de los otros, para cumplir con lo dispuesto por la facultad Real, en cuya virtud se instituyò el mayorazgo, se diesse, y asignasse a los demas hijos alimentos, aunque fuessen en menor cantidad de sus legitimas, porq̃ de otra manera no pudiera subsistir el mayorazgo, ni quedar, como quedò irreuocable desde su mismo otorgamiẽto, y fundaciõ, ac per cõsequẽs tambien lo quedò la asignacion de los dichos alimentos en fauor de los demas hijos, sin que sus padres en lo restante de su vida desde alli adelante, aunque tuuiessen mas, ò menos bienes, pudiessen minorar, ni modificar los dichos alimentos, ni tener impendenti, vel insuspenso la disposicion, ni alterarla en manera alguna, pues institu-

yeron

yeron el mayorazgo con adjudicacion de todos sus bienes, auidos, y por auer, y que dellos quedasse, como desde luego quedò assignada en propiedad la cantidad de 150ŋ marauedis de renta de juro a cada vno de los demas hijos, para sus alimentos, que en sustancia vino a ser, y fue vna particion, y diuision hecha en vida de los padres entre sus hijos, dando al mayor el mayorazgo, y a los demas los dichos alimentos, sin que para adelante, ni quando muriessen los padres huuiesse, ni pudiesse auer otra cosa que partir, ni diuidir: lo qual pudieron hazer, y fue preciso que lo hiziessen, y que todo quedasse irreuocable desde su otorgamiento, para total irreuocabilidad, y firmeza de toda su disposicion: y esto es lo q̃ por nuestro vltimo papel se dixo *ex num. 19. 20. 21. y 22.* con otros siguientes, fundandolo con diuersas alegaciones muy ciertas, y juridicas: y solo se opone que por nuestra parte, para lo tocante a la dicha diuision se trae mucho aparato de dotrinas, a las quales la parte contraria no les hallando euassion, nec vllum verbum respondet, reconociendo en todo la flaqueza de su justicia in re tan clara, & manifesta, por el tenor, y lectura de los mismos instrumẽtos, y sus clausulas, vt in l. ad probationẽ, *la 1. C. de probat.* ibi: *Quam tenor scripturæ designat.* Alexand. Ludouis. *decis.* 180. *num.* 1. subdens: *Quod illud quod ex tenore scripturæ deprehenditur, est probatio probata, & veritas apparens, & manifesta, absque vlla prorsus dubitatione.*

23 Y no obsta lo que se replica de auer dado titulo, y nombre de herederos en la dicha cantidad de alimentos a los demas hijos, y con este pretexto querer dar a entender que la dicha escritura, y disposicion quedò reuocable, y deambulatoria

 hasta

hasta que muriessen los fundadores, valiendose vanamente de la regla de la *l. hæreditas, de reg. iuris.*

24 Porque es oponerse a todo el intento del mayorazgo, mente, y disposicion de los mismos otorgantes, cuya voluntad expressa siempre fue la irreuocabilidad, vt dictum est.

25 Y si se puso la palabra herederos, no fue para que vnico verbulo tota euerteretur dispositio, ni se pudo por ella mudar la naturaleza de contrato, y disposicion entre viuos, ad quam prędictum vebrum trahendum est, vt in simili perpendunt plures relati à Casanat. *consil.* 10. *num.* 121. & est notissimum in iure.

26 Quanto mas que la palabra *herederos*, fue accidental, y sin auerse dispuesto por la facultad que se pusiesse, porque solo se dixo en ella, que a los demas hijos para sus alimentos se les diesse cantidad en propiedad, aunque fuesse menos de sus legitimas, ni se requirio para validacion de lo que se disponia, que se vsasse de semejante calidad en la dacion, y consignacion de los dichos alimentos, que fue el titulo con que les fueron dados por alimentos en propiedad, vt in indiuiduo resoluit D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 20. ibi: *Quo ad alimenta attinet dicendum erit, ea non esse necessario titulo honorabili institutionis relinquenda, sed sufficere quod filijs quoque relicti titulo relinquãtur, ad quod probandum, præsupponimus non posse de hac quæstione dubitari,* & ibi Add *nu.* 13. *vsque ad* 24.

27 Vnde fluit, que si doña Maria de Sande pidiera aora mas cantidad de los 150ʒ marauedis de renta de juro en propiedad, que a cada vno de sus quatro hermanos fueron dados, y assignados en la misma fundacion del mayorazgo, introduzien-

ziendo para ello diferente juizio de particion, por titulo de heredera de sus padres, y hermanos, no pudiera ser oìda, ni exceder su pedimiento de la dicha cantidad, porque todo lo demas quedò para el mayorazgo, conforme a la disposicion, y diuision hecha por sus padres, quando le fundaron.

28 Eodē modo puede doña Maria de Sande valerse con igualdad de la diuision de bienes, hecha por sus padres en su vida, y tenerla por irreuocable, y juridica.

29 Y no faltò el requisito dela adjudicacion, pues tenian entonces sus padres mucha cantidad de renta, y juros, en que fue visto quedar adjudicada irreuocablemente la dicha cantidad en propiedad, que tocaua a cada vno de los hijos, como consta memor. fol. 8. y mas auiendo dicho, como dixeron en su clausula, *dexaua a cada vno en particular 150. mil marauedis de renta de juro de a 14. mil el millar, en propiedad, para que sean suyos perpetuamente.*

30 Y por esso en nuestro vltimo papel, *ex num. 23. vsque ad 27.* inclusiuè, se fundò exactamente que el dominio, y propiedad destos alimentos quedò desde que se fundò el mayorazgo por de libre disposicion de los hijos, sin que por ninguno dellos se pudiesse impugnar, ni aya impugnado: y en quanto a lo respectiuo al Doctor Sande su padre, a quien sobreuiuieron, quedò mas confirmado con su muerte (de que la parte contraria no se dà por entendido, ni lo tomò en la boca) y si bien despues su muger doña Ana de Mesa lo reuocò todo, fue dada por ninguna su reuocacion, y por valido el mayorazgo, por executoria del Consejo, como lo pidio la parte contraria.

Y es-

31 Y estrañamos mucho que aora trate de oponerse a ello, deuiendo reparar en que sin tener por fija, y firme la dicha asignacion de alimentos, tan claramente dispuesta por los fundadores (que fue la condicion con que se les concedio la facultad) nunca podia, ni pudo subsistir el mayorazgo.

32 Y dezir que los hijos del Doctor Sande, y doña Ana de Messa, eran de muy tierna edad para tener noticia si auia escritura de fundació de mayorazgo, y asignacion de alimentos.

33 Es supuesto incierto, porque todos teniá edad bastante, y don Francisco, y don Fernando murieron de mas de veinte y cinco años, y doña Francisca de mas de catorze: y en resolucion ellos, ni los demas nunca contradixeron, y todos quatro hijos muriero, cuyo derecho ha venido a recaer en doña Maria de Sande, que litiga, y tiene consentida, y acetada la dicha asignacion de alimentos en la cantidad, y cota referida: y aunque no la huuiera acetado, no lo pudiera impugnar, respeto de la dicha irreuocabilidad.

34 Y que aunque en la primera escritura otorgada en Seuilla en *16*. de Febrero del año de 1594. memor. fol. 14. num. 29. se auian señalado 100U maraue dis de renta a cada vno de los hijos, no subsistio sino la asignacion de alimentos de la vltima escritura, que fue la tercera, y otorgada en Santa Fè, *memor. fol.* 23. *nu.* 44. que es la ley por donde se determinò el pleito del mayorazgo, y todas las clausulas de firmeza, y la de constituto, que se pusieron en ella; no solo miraron a que el mayorazgo quedasse irreuocable, sino toda la disposicion, que se reduxo a vn instrumento indiuiduo, vt abundè fundatum existit *in nostra vltima allegatione*.

Y si

Y si bien se reconoce que en vn mismo instrumento puede auer diuersas disposiciones, que obren diuersos efectos.

35 Lo que se niega es, que se pueda aplicar a lo presente, por no contener diuersas disposiciones, sino vna sola, que es la dicha vltima escritura, que en fuerça de contrato hizieron, y otorgaron el Doctor Sande, y doña Ana de Messa su muger, con la qual quedò inouada, y alterada la antecedente, en que la parte contraria insiste.

36 Pues auiendo dispuesto que el hijo mayor dō Francisco de Sande, primer llamado, a quien dexaron el mayorazgo, con cargo de que fuesse obligado de dar a cada vno delos demas hijos cien mil marauedis de renta en cada vn año, para sus alimentos, y otros gastos, por los tercios del año, y esto durante los dias de las vidas de los hijos, y despues de sus dias cessasse la dicha renta, y boluiesse al dicho mayorazgo.

37 Despues en la tercera, y vltima escritura, en derogacion dela primera, declararon, que demas del del dicho don Francisco tenian otros cinco hijos, que eran don Fernando, don Pedro, y don Alonso, doña Francisca, y doña Maria de Sande; a todos los quales, y a cada vno dellos en particular, como a tales sus hijos legitimos, y naturales, les assignaron 150U marauedis de juro a 14. mil el millar, en propiedad, para que sean suyos perpetuamente, sin repetir el grauamen de que huuiesse de ser del vsufructo, ni por las vidas de los hijos, ni que despues de sus dias cessasse la dicha renta, y huuiesse de boluer al mayorazgo, sino antes lo contrario, como lo denotan las palabras *en propiedad, para que sean suyos perpetuamente.*

 Don-

38 Donde la palabra *en propiedad* por su naturaleza denota libre, y absoluto dominio, sin grauamen, ni otra modificacion, vt *in l. 1. §. interdum, ff. de vsufruct. accrescend.* ibi: *Quod & in proprietate, & in l. si non proprietatem, C. de his qui à non domin. manumittunt.* ibi: *Dominio tuo, l. 27. titul. 2. part. 3.* ibi: *Propiedad, tanto quiere dezir como señorio que home ha en la cosa,* y por esso Bartulo, y Iuan de Platea *in l. locorum, C. de omni agro deserto, lib. 11.* dixeron, nullam constitui differentiam inter dominium, & proprietatem, y Alexandr. Raudens. *de annalogijs, lib. 1. cap. 7. num. 2.* eas voces synnonimas appellauit.

39 Y la palabra *suyos*, denota ansimismo dominio libre de la cosa que fue concedida por el señor de la clausula, vt *in l. Quintus, §. argento, ff. de aur. & argent. legat.* & ibi Bartol. *num. 3.* Menoch. *consil. 129. num. 7. & de præsumptionib. lib. 4. præsumpt. 162. num. 28.* Cald. Pereir. *de emption. & vendition. cap. 10. nu. 2.* & Alexand. Ludouis. *decis. 115. n. 6.*

40 Y la palabra *perpetuamente*, es vt sine præfinitione temporis accipiatur, & se in infinitum extendit, y es lo mismo que si se huuiera dicho semper, & omni tempore, vt *in l. purè,* in fine, *de exceptionib. l. fundi, §. Labeo, de actionib. empti.* Barbos. *in l. quia tale, num. 7. solut. matrimon.* D. Molin. de primogen. *lib. 1. cap. 5. num. 33.* Ioan. Garc. de nobilit. *gloss. 1. §. 1. num. 29.* y Ancarran. Regiens. *q. 72. num. 10. & 13. part. 1.*

41 Y para que fuera valida la disposicion, era preciso que el Doctor Sande, y su muger lo huuieran determinado ansi, pues no podian poner grauamen de restitucion a los demas hijos en los alimentos que les dexauan en lugar de legitimas, vt de iure naturali, & ciuili notissimum est.

Y si

42 Y si bien la parte contraria lo reconoce en el *num.31.* (porque no puede hazer menos, sino es incidiendo en vn absurdo) quiere valerse dello, aunque nulo, y reuocado, para interpretar en su fauor la voluntad que alli insinuaron los fundadores cerca de los alimentos, para que boluiessen al mayorazgo, y alega el texto *in l. fin. de reb. eor.* con otras doctrinas.

43 Sin aduertir, que quando la primera disposicion fue reuocada por la vltima, non permansit res in eodem statu, que continuò la primera, sed aliquid diuersum superuenit in secunda, vt patet ad sensum.

44 Quo casu, no puede auer, ni ay conjetura de voluntad contraria para diuertir el sentido literal, y verdadero, que manifiesta la vltima disposicion, ni se puede aplicar la dicha *ley final.* pues en ella no huuo reuocacion de volũtad, sino que por la capitis dimucion, que padeciò el testador, (como alli notò la glossa) quedò por derecho irrito el testamento que se auia otorgado, y firme la voluntad de lo que en èl se auia dispuesto.

45 Caso muy diferente del que aqui se trata, a donde huuo, y ay dos disposiciones, y en la vltima diuersidad, y contrariedad de la primera, & sic, como singularmente dixo Bartol. *in l. Statius Florus,* in princ. *num.2. de ver. fisc.* tota prima voluntas cassatur, & sunt diuersæ voluntates, a quiẽ refiere, y sigue Menoch. *lib. 4. præsumpt.176. n.3.* y D. Iuan del Castillo *lib. 5. controuers. cap.108. n. 21.* versic. *cæterum,* & *num.22.* vbi latissimè, y despues dèl Capic. Latr. *decis.127. lib.2. num.70.* vers. *ideo ex illo testamento nullum argumentum sumi potuit:* vbi plures alios antiquos, & modernos cummulauit.

46 Y a lo que se dize en el *num.32.* de que en la primera escritura se dispuso que los alimentos se fuessen acreciendo al mayorazgo, y que para la asignacion dellos no se defalcasse, ni disminuyesse la propiedad.

47 Queda respondido con lo dicho, y ponderado en los numeros antecedentes a este, de que por la tercera escritura que hizieron los fundadores, se apartaron de la primera, y segunda, y hizieron nueua, y diuersa disposicion, en quanto a la propiedad de los alimentos de sus hijos, a que precisamente se ha de estar, que es lo corriente, y literal, sin admitir ex aduerso, fantasias tan agenas de la materia, y opuestas al derecho della, y al hecho verdadero.

Respuesta à los numeros 34.35. 36.37.38.y 39.

Lo que en sustancia se replica en estos numeros, es.

48 Que lo que se ha ponderado por doña Maria de Sande (que es quiẽ pretende por libres las quatro legitimas de sus hermanos, por auerlos sobreuiuido vnicamente) no es verosimil que sus padres las quisiessen incluir en el mayorazyo, anteponiendo la agena sucession a la propia en el caso sobre que se litiga. Venia mas aproposito en el pleito principal, adonde sin embargo de que doña Maria pretendia los bienes del mayorazgo por libres, fuerõ declarados por de mayorazgo.

49 Cuya respuesta es muy facil, porque en los bienes del mayorazgo no pudo auer lugar la ponderacion de doña Maria, por auerse fundado cõ

pa-

palabras, y clausulas que denotan perpetuidad infinita, no solo para los hijos, y descendientes de los fundadores, sino para toda la familia: y bastaua auer vsado de la palabra mayorazgo, para q̃ in infinitum quedassen subintellectos, y comprehendidos todos los llamamientos necessarios en orden a su perpetuidad, ex D. Molin. *lib. 1. cap. 4. num. 14.*

50 Lo qual no milita en quanto a los dichos alimentos, o legitimas, que quedaron por bienes libres para los hijos, sin grauamen alguno de mayorazgo, ni de restitucion (vt supra ponderatũ, & fundatum existit) y en ellos no es creible, ni verisimil quisiessen los fundadores anteponer transversales tan remotos a sus propios hijos en la sucession de sus libres, y propias legitimas: y si oy viuieran respondieran lo mismo, vt *in l. tale pactum, §. fin.* & ibi *gloss. de pactis*, Castill. *lib. 4. controuers. cap. 12. ex num. 1.* cum adductis in nostra vltima allegatione, *num. 37.* que aunque vulgar, viene nacido para este punto.

51 Lo que no viene omitido, como menos bien en contrario se piensa, sino que lo dixeron con palabras muy claras en la dacion, y assignacion de los dichos alimentos en propiedad, con que lo que trae de la *decis. de Franchis 92. num. 2.* y las demas doctrinas que se citan en el papel de don Francisco de Eguiluz, *num. 39.* no se aplicã, ni son del caso, porque hablan en lo que totalmente fue omitido, sin vestigio de preuencion, ni expression alguna, y a donde no concurre tan precisa, y natural presuncion de derecho en fauor de los mismos hijos, a que neque vllum verbum se satisfaze en el dicho *num. 39.* ni en los demas.

52 Vltra de ser discurso tan diferente, y en que no milita nada de lo dispuesto por via de mayorazgo, porque los bienes dèl quisieron los fundadores que solo quedassen para conseruacion de su memoria, y lo tocante a los alimentos, y legitimas, por libre, y perpetuo para sus hijos, sin genero de grauamen.

Respuesta a los numeros 40. 41. & 42.

53 En estos numeros se pondera que por auer recaìdo en doña Ana de Messa las legitimas de sus quatro hijos, y quedado por bienes suyos al tiempo de la muerte della, se han de comprehender en el mayorazgo, entendiendo para esto en su fauor la *l. sed si plures, §. filio impuberi, ff. de vulgar.* quia iuncta hæreditas esse cœpit, sin que se ayan de admitir las limitaciones desta regla, puestas in nostra vltima allegatione *ex nu. 38.* vsque ad 42. inclusiue.

54 A que està respondido concludenter con las mismas limitaciones, que todas ellas son legales, y para diuertirlas del caso presente (cui singulariter conueniunt) no basta el argumento tan falible, que sine lege, & sine auctore haze la parte contraria en los dichos numeros, queriendo suponer inseparable la mixtura que de las quatro legitimas parece pudo auer con los demas bienes de doña Ana de Messa, tan fuera de la intencion della, y contra su vltima disposicion en el testamento con que murio, con que quedò mas claro auer sido desde su principio estas legitimas de libre disposicion, para lo qual no pueden ser mas decisiuas las doctrinas de las dichas li-

mi-

mitaciones, ni mas friuola la replica que contra ellas se haze.

Respuesta a los numeros. 43. 44. y hasta 46.

En estos numeros se dize como ha discurrido la sucessión, y que no era necessario poner otro fundamento para que quede sin escrupulo la justicia de su parte.

55 Y respeto de que no se ajusta al hecho, no solamente no queda sin escrupulo, pero le pudiera tener muy grande quien hizo su vltimo papel, de poner fundamento en esto.

56 Porque lo dispuesto en la clausula que habla cerca del que sobreviuiere de los fundadores, aya de alimentar de los frutos, y rentas del mayorazgo a los hijos en su casa, *memor. fol.* 17. *B. nu.* 36. es de la segunda escritura.

57 Y lo dispuesto en la clausula vltima, que està consecutiua a la de la dacion, y assignacion de alimentos, *memor. fol.* 23. *núm.* 46. dize en quanto a los frutos del mayorazgo de diez años, que se han de agregar a las legitimas, fundando otros cinco mayorazgos.

58 Y ninguna cosa destas tuuo efecto, porq auia de preceder consentimiento de los hijos, como lo presupone la dicha clausula, ibi: *Que se haga cõputacion de lo que montare, y dello se hagan seis partes, y cada vna se dè a los dichos nuestros hijos de suso nombrados, de manera que igualmente venga cada vno a gozar la dicha sexta parte: y esto con condicion, y grauamen que los dichos consientan, y permitan, y no de otra manera, que los 150. mil marauedis que los dexamos por su legitima, y alimentos, se junte con lo que montare la sexta parte.*

59 Y doña Ana de Messa, segun la disposicion, quedò por vsufructuaria, mediãte la reserua que ella, y su marido (que fueron los fundadores) hizieron por la vida de cada vno: y siendo, como es constante, que la susodicha sobreviuio a su hijo don Francisco, primer llamado, no llegò, ni pudo llegar el caso de auer de sacar los frutos de los dichos diez años, ni la aplicacion de la dicha sexta parte que esto montàsse, ni los hijos, ni alguno dellos tacita, ni expressamente consintierõ en el grauamen de sus legitimas, ni en que quedassen vinculadas.

60 Segun lo qual, es incierto todo lo que se dize, y supone en los dichos numeros, ni consta por los autos, sino solo el tenor de las clausulas, sin auer llegado a tener execucion, ni cumplimiento nada dello.

61 Y el dar los alimẽtos por via de vsufructo (como se reconoce por la parte contraria en los dhos numeros) nũca pudo subsistir conforme a derecho, y a lo dispuesto por la facultad Real, por auerse de dar a los hijos en propiedad, como se dio en los 150. mil marauedis de juro, sin q̃ se cumpliesse con alimentarlos, aunque doña Ana de Messa los huuiesse alimentado, imò, que lo que en esto huuiesse gastado, no podia, ni pudo extinguir el principal de las dichas legitimas, que siempre, como queda assentado, les quedaron en los alimẽtos correspondientes en propiedad.

62 Y lo que mira a la dote de las hijas, en que se dixo que en llegando a edad de veinte años las casasse, y dotasse de los dichos frutos, y rentas, y la dote saliesse de lo que se huuiesse ahorrado, y multiplicado, no vendiendo, ni tocando a los bienes principales del mayorazgo, tiene la misma respuesta.

Quanto

63 Quanto mas que todo vino a cessar, y cessò cō la dicha dacion, y assignaciō de legitimas en propiedad, que fue lo vltimo que quedò dispuesto en derogacion de lo que en qualquier manera se huuiesse hecho, y preuenido.

Respuesta a los numeros 48. hasta 54. inclusiue.

64 Toda la replica de lo que se disputa, y pone en estos numeros, se reduze, sin verbosidad tan ociosa, a dos palabras, que es dezir que auiendo los fundadores instituìdo el mayorazgo de todos sus bienes auidos, y por auer, fue preciso que las quatro legitimas recayessen en el dominio de doña Ana de Mesla, y quedassen por sus bienes al tiempo de su muerte, y se ayan de incluir en el mayorazgo, sin que se pueda defender auer se deduzido de los bienes de que fue fundado, sino del vsufructo: y que lo que quanto a esto se assienta, y supone por doña Maria de Sande en su vltimo papel, contiene hecho contrario, y no se puede para ello valer del caso de la *l fin. C. de remiss pignor.* ni de las demas doctrinas alegadas sobre su inteligencia, y comprobacion.

65 Y aunque en respuesta desto se le ha dicho, y repetido a la parte contraria tantas vezes en el discurso del pleito, y de nuestro vltimo papel, con fundamentos juridicos, que la constitucion, y assignacion de legitimas, y alimentos en propiedad, en lugar dellas fue hecha en propiedad de la cantidad referida, y no del vsufructo de los bienes del mayorazgo, no se dà por entendido dello, siendo tan corriente, y ajustado: y està tan pagado de su replica, que casi en cada numero la re-

 pite,

pite, y opone, no reparando en la sentencia del Filosofo, que dize: *Fastidium generat sæpiùs repetita narratio.*

66 Y lo que mas es, que siendo tan del punto la *l. vltim. C. de remiss. pignor.* en quanto dispone que si la cosa hipotecada se enagenò, y saliò de la obligacion, è hipoteca, de consentimiento, y voluntad del acreedor en cuyo fauor se auia constituîdo la hipoteca, con la obligacion de bienes auidos, y por auer, presentes, y futuros, aunque despues boluiesse al dominio del deudor, no recae en la hipoteca, y obligacion, que essa quedò extinguida totaliter, sin embargo de la dicha clausula general, ni la puede boluer a suscitar el acreedor con pretexto de que se ha de reduzir a adquisicion posterior de bienes futuros.

67 La estraña, y desconoce, y dize ser inutil, con lo demas que en nuestro papel se puso para su inteligencia, y aplicacion, quando Bartul. *en la misma ley, num.* 1. la ponderò por admirable, y añadio: *Et quilibet fortasse contrarium diceret qui non vidisset dictam legem finalem*, y Baldo ibi dixit: *Esse singularem, & obliuioni minimè tradendam, quia multi ignorantes eum casum responderunt contrarium*, vt refert Surd. *decis. 163. n. 2.*

68 Y demas de ser comun resolucion de Bartulo, Bald. Couarr. Iuan Francisco de Ponte, la Rota Romana, Milanense, don Francisco Geronimo de Leon, Merlin. Noguerol, y otros, que en los lugares, y numeros referidos, y ajustados *in nostra vltima allegatione ex num. 47.* vsque *ad 58.* inclusiue.

69 Addendi sunt Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. gloss. 9. ex num. 137. vsque ad 40.* inclusiuè, precipue *num. 139.* donde alega otros textos de la mate-

teria,que aqui no se ponderan, sigillatim, por no dilatar el discurso,& satis ad punctum, Estefano Gratian. *disceptation.forens.tom.1.cap.38.n.35.* ibi: *Res hypothecata,de qua agimus fuerit consentiente creditore alienata,vnde non reincidit in eãdem obligationẽ, & hypothecam,quamuis redderit ad debitorem,& illi denuo acquisita fuerit licet hypotheca esset generalis complectens bona presentia,& futura.*

70 Vnde,auiendo el Doctor Sande, y su muger fundado mayorazgo de todos sus bienes,auidos, y por auer,y deducido dellos para alimentos en propiedad de los demas hijos las cantidades de renta de juro en propiedad,q̃ se cõtienẽ en la dicha tercera,y vltima escritura,tantas vezes repetida,que quedaron por bienes libres,y sin grauamen de vinculo,ni restitucion.

71 No se puede negar(sin faltar en los principios legales)que aunque la madre sobreviuiesse a los hijos,y huuiesse sido,como fue su heredera ab intestato en las dichas legitimas, las adquirio sin riesgo de que boluiessen a reincidir, ni incluirse en el mayorazgo,sino que pudo disponer,como dispuso libremente en fauor de doña Maria de Sande su hija,y que esta las aya de lleuar por bienes libres.

72 Y con mayor fundamento,auiendo sobreuenido la readquisicion,ex noua causa,& ex titulo diuerso,qual se reputa la sucessiõn de heredera de sus hijos ab intestato,a diferencia de quando redit res ex eadem causa veluti ex pacto de retrouendendo, aut legis commissoriæ,aut alijs hujus farinæ.

73 Prout vtrũque distinxit,& animaduertit Juan Baptista Hodierna *ad prædictã decis. Surdi 163. n.* 2. adonde afirma ser diuersa causa,si reuersio fiat ex

cau-

causa hæreditatis, vel alia simili.

74 Y con la dicha distincion transeunt imo nerbose, & communiter eam defendunt Molina el Teologo *de contractib. disputation.* 537.*n.*16. Franchis *decis.*64.*n.*6.7.& 8.Scipion Theod. *allegat.* 94.*n.*4.5.& *seqq.* Mansilio *de euiction. quæst.*145. *n.*30. testa y *allegation* 12.*n.*20.*cum seqq.* Mauro *allegat.*11.*n.*1.2.& 3.*par.*1.y otros muchos que refiere, y sigue Noguerol. *allegat.*22.*num.*23.per totum, & signanter in vers. *at verò, quando reuersio fuit ex causa noua*, & in vers. *vt readquisitio libera sit.*

75 Que no pueden ser alegaciones, y doctrinas mas conducibles al intento de los alimentos, ò legitimas de los hijos de que se trata, pues para su deduccion de los mismos bienes de que sus padres fundauan, y fundaron el mayorazgo, precediò consentimiento, y voluntad expressa de los mismos fundadores, para que quedassen, como quedaron separatim, constituidas, y assignadas en propiedad, para que fuessen suyas perpetuamente por bienes libres: y por esso aunque huuiessen recaido despues por muerte de los hijos en doña Ana de Messa su madre, como su heredera ab intestato (causa superueniente tan nueua, disimil, y diuersa) y quedassen al tiempo de su muerte, no pueden pertenecer a la inclusion del mayorazgo de adonde fueron abstraidos irreuocablemente para libre disposicion.

76 Sin que en el papel principal de la parte contraria, ni en el vltimo a que se và respondiendo se aya ex aduerso puesto, ni ajustado ponderació de sustancia, ni que obligue a mas, ni aun a tanta satisfacion.

Y dezir en el *num.*52. que estas legitimas fueron dadas, y assignadas cō calidad que boluiessen al mayorazgo.

Es

77 Es ſupoſicion incierta,porque no ay clauſula que tal diga,ni tal eſtà eſcrito en parte alguna de la dicha tercera,y vltima eſcritura(que es por dõde ſe ha de regular todo lo tocante a las dichas legitimas,y ſu calidad,y naturaleza, vt dictum eſt ſupr.)Herculan.*in tract.quo modo probetur, negatiua,n.168.& 169.& 171.*&c melius Menoch. *conſ. 199.n.3.per tot.*& ſignanter in verſ.*quod autem nõ ſit aliquo in libro deſcriptumco,nſtat ex eo quod non extat in iibro.*

78 Ni ſe puede ſuſtentar que auiendo dicho fundauan mayorazgo de bienes auidos, y por auer, venga a ſer lo miſmo que ſi huuieran dicho que las legitimas que daban a ſus hijos boluieſſen al mayorazgo,ſi al tiẽpo de la muerte de qualquiera de los fundadores huuieſſen recaido en ſu poder,porque para eſte grauamen auia de conſtar de voluntad expreſſa,que en duda no ſe admite conjetura,ſino lo contrario,vt in indiuiduo per Gregor.Lopez *in l.11.tit.4.par.6. gloſſ.* verbo *libremente* ad med.ibi: *Adhuc debet conſtare de voluntate expreſſa patris volentis grauare,& quod in dubio potius conjecturare debemus grauare noluiſſe.* Y eſto en caſo que el padre, ò la madre pudieſſe poner el dicho grauamen.

79 Y ſeria oponerſe ex diametro a la determinacion de la dicha ley final,y demas dotrinas q̃ quedan alegadas(a que no ſe ha dado reſpueſta) y ir contra otro principio legal,reconocido por don Franciſco de Eguiluz de que eſtas legitimas no pudieron,ni pueden recibir ſemejante grauamẽ, ni otro alguno:y que ſintiendolo aſsi los fundadores,aunque en la primera eſcritura, quãdo dexaron a ſus hijos por legitimas 100U. marauedis de renta en cada vn año,para ſus alimentos, y otros

tros

tros gastos mientras viuiessen, y que despues de sus dias boluiessen al mayorazgo.

80 Despues en la tercera, y vltima escritura lo alteraron todo (mediante la reserua que antes auiã puesto de mudar, y alterar lo que les pareciesse) y no quisieron corriesse en aquella forma, sino que cada hijo tuuiesse 150ꝰ. marauedis de renta de juro, no limitadamente en vsufructo por los dias de su vida, *sino en propiedad, para que fuessen suyos perpetuamente*, mem *fol.23.n.44.*

81 Y esta calidad *de sin grauamen, y suyos perpetuamẽte*, no solo influye para que fuessen, y ayan de ser bienes libres en fauor de los mismos hijos, sino tambiẽ de sus herederos, y sucessores qualesquiera que fuessen, aunque dellos en la clausula no se huuiesse hecho mencion, ni los hijos en vida lo huuiessen preparado, ni declarado: y lo que mas es, que aunque huuiera grauamen expresso, se auia transmitido a los herederos de los hijos derecho de pedir se repeliesse, y quitasse, por estar *ipso iure* desde su principio repelido, y quitado por la ley, como que no se huuiera impuesto, *l. scimus in* verb. *ipso iure, & in l. quoniam in prioribus*, ibi: *Ipsa conditio, vel dilatio quæcumque alia dispositio moram, vel modum introducẽs tollatur, & perinde res procedat, quasi nihil eorum testamento additum sit, C. de inoffic. testam.*

82 Et licet aliqui Doctores vnus post alium contrariã sequuti sunt sententiam fundatam *in gloss. in d. l. scimus.*

83 Minimè vera est, & communiter reprobatur, prout latè post longam disputationem concludit Rodericus Xuarez *in d. l. quoniam in priorib.* ampliatio. 10. *ex n.1.* precipuè *n.4.* Gomez lo 1. *variar. cap.11. num.25.* Et ibi nouissimè su adicionador

dor Ayllon, in verſ. *an autem in hæredem tranſmittatur ius reiciendi onus à legitimæ*, & ſingulariter Farinac *conſ.159.ex nu.40.cum plurib.ſeqq. tom.2. concilior. & deciſion.* donde auiendo diſputado el punto refuta la contraria opinion, reſoluiendo con elegante diſcurſo lo miſmo que aqui ſe lleua, & plures referens Merlin. *in tractat. de legitim. lib.3. titul.2. quæſt.17. ex num.8. cum duob. ſeqq.* donde en el *nu.*10 verſ. *non obſtat*, afirma que no obſta dezir quod iſtud ſit priuilegium perſonale, quia imò eſt reale, quando legitima grauatur ipſi filio, y que en qualquier ſuceſſo, aunque fueſſe perſonal, como la ley quita el grauamen *ipſo iure*, deſde el principio, ſe preſume que los hijos ſe conformaron con ella, y quiſieron paſſar el derecho de impugnarle a qualeſquiera herederos, a quien tocaſſe la legitima, y eſto miſmo lleuò Rodrigo Suarez *d.ampliat.10. ſub n.7.*

84 Y ſingularmēte en terminos indiuiduales del caſo preſente lo reſoluio Gregorio Lopez *in l. 11. titul.4. part.6.* verb. *libremente*, donde huuo facultad Real para fundar mayorazgo en vno de los hijos, aūque los demas quedaſſen grauados en ſus legitimas, dexandoles cantidad para ſus alimentos en propiedad, y para que ſean ſuyos: y entonces no es dudable que ſe tranſmiten libremēte en qualquiera heredero, y ſucceſſor, ibi: *Teneas menti ad iſtas Regias facultates ex quibus permittitur fieri maioriæ in vnum ex filijs licet alij grauentur in legitima, dummodo eis relinquantur alimenta prout eſt de forma dictarum facultatum Regalium, quod debes intelligere dum tamen id quod relinquitur filijs pro alimentis relinquatur eis in proprietate ita quod indicetur ſuum proprium patrimonium non ſubiacens regulis alimentorum, & ita erit tranſmiſſibile ad hæredes*

des prout volunt Hispani Doctores nostri, alegando a Palacios Rubios, y a Rodrigo Suarez en los lugares que alli refiere.

85 Ni recibe aplicacion juridica la conclusiõ Brocardica, de que omnis dispositio debet intelligi rebus sic stãtibus, & non mutatis, que se cita en el papel contrario, *num. 53.*

86 Porque no procede en los actos momentaneos, que legitimamente surtieron perfeccion, & vnica vice, quedaron consumados a diferencia de los de tracto sucessiuo, en los quales ex causa superueniente puede auer alguna mutacion, segun Bartul. *in l. ex facto.* in princip. vers. *secundo oppono dicuntur hic, ff. de vulgar.* Bald. *in l. generaliter, col. 2.* vers. *sed ego dico, C. de sacrosanct. Eccles.* Tiraquel. *in tract. cessante causa, limit. 23. num. 1. & 2. cum alijs sequentib.* Petr. Sanz *tract. de bon. diuis. lib. 2. cap. 7. num. 19.* Iuan. Baptist. Costa *in tract. reintegra. prælud. 4. n. fin.* vers. *dum modo versemur.*

87 Y aqui lo tocante a las legitimas quedò desde luego perfecto, y consumado con cota, y cantidad cierta, è invariable, en propiedad perpetuamente taliter, que los hijos, y quien sucediesse en su derecho, no pudiessen pedir aumento, aunque les tocasse mas por sus legitimas, sino que quedaron desde luego excluìdos.

88 Et sub intrat regula, quod semel legitime factum est non retractatur ex superueniente causa, *cap. factum legitime, de regul. iur. in 6. l. in ambiguis, §. non est nouum, ff. eod. titul.* como en terminos del dicho Brocardico, *rebus sic stantibus*, argumentatur Petr. Surd. *cons. 145. nu. 15. cum tribus seqq.* con otros que refiere, y sigue don Iuan del Castill. *lib. 4. coniectur. cap. 59. nu. 47.* y es singular *la decis.* de Osasc. *81. en el n. 14. y 15.*

Y

89 Y assi la dació, ò assignació de legitimas no pudo, ni puede tenerse por no hecha, ni reduzirse a no causa, pues la huuo, y ay irreuocable, perpetua, y permanente, no solo en fauor de los hijos, sino de los herederos, y sucessores a quien se transmitio.

90 Y oponer que la *l. fin. C. de remiss. pignor.* es limitada, y personal, y q̃ si oy viuieran los hijos, ellos solos se pudierã valer della, y no D. Ana de Messa su madre, aunq̃ viuiera, ni doña Maria de Sande su hija vnica, y heredera, que litiga.

91 Nullo nititur iuris fundamẽto, pues como queda ajustado, y fundado, la quota, y cãtidad destas legitimas, fue, y es transmissible a los herederos, y sucessores de los hijos, qualesquiera q̃ sean, por no auer, como no ay ley que lo prohiba, ni resista, sino antes tantas como se han referido, que lo prueuan, y acreditan; que es la mejor, y mas cierta razon para el punto, segun Merlin *de pignor. lib. 4. tit. 3. q. 109. num. 17.* ibi: *Melior & certior ratio esset, quod ideo in hoc casu transit ad hæredes, quoniam promissio est de re sui natura transmissibili ad hæredes, & transmissioni locus est, vbi non datur resistentia legis.*

92 Y se comprueua claramente por la *l. Titius 9. §. Titius Seio, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* vbi summat Bart. *qui succedit in locũ vnius creditoris vtitur remissione illi creditori facta*; Y defiende lo mismo Negusant. *de pignor. part. 6. membr. 3. nu. 16.* y Merli. *d. q. 109. n. 28.* poniendolo en esta materia por quinta ampliacion, ibi: *Ampliatur quinto, non tantum respectu creditoris, ad cuius commodũ anterior consensum accommodauit, sed etiã alterius ab eo causam habentis.*

93 Y siendo assi, como lo es, y la parte cõtraria lo confiessa, que doña Ana de Messa sucedio en las

legitimas de sus hijos, como su heredera: y por muerte della entrò a serlo doña Maria de Sande su hija, & sic, la vna, y la otra vtuntur iure cedentis, y como tales herederas representan las personas de los mismos hijos, y las fue transmitido el derecho de las dichas legitimas, no ay mutaciõ, ni diuersidad de personas, sino que se juzgan por vna misma, vt *in l. hæres, ff. de vsucapion.* ibi: *Vnius personæ tamen vice funguntur*, Authent. *de iure iur. à moriente prestito*, en el principio, vers. *cum*, ibi: *Cum vtique nostris videtur legibus vnam quodam modo esse personam hæredis, & eius, qui in eum transmittit hæreditatem.*

94 Con que lo que tanto exagera la parte contraria de la *decis. de Surd. 163. nu. 19.* de dezir que la *l. fin.* se entiende solo en la persona en cuyo fauor se consintio, y no de otra.

95 No se puede aplicar, ni ajustar al caso presente donde los hijos en cuyo fauor se deduxeron, y y constituyeros las legitimas, y la madre heredera dellos, y la hermana que oy sobreuiue, y lo es, y viene a ser de todos, no se juzgan por personas diuersas, sino por vna sola misma en sentido legal, que es el que se ha de seguir precisamente.

96 Vltra de que la decision de la dicha *l. fin. C. de remiss. pignor.* como parece por su tenor, referido a la letra in nostra vltima allegat. *n. 45.* hablò generalmente de q por el consentimiento que dio el acreedor, para que el deudor enagenasse la hipoteca, quedò extinguida totaliter, y avrà de proceder en todos los casos donde los contrayentes no huuieren puesto limitacion clara, y especifica, porque en duda siempre se ha de lleuar, y defender lo contrario, Barbos. *in l. 1. part. 5. nu. 72.* vers. *ex quibus*, ad fin. a quien refiere, y sigue Merlin. *de pign. d. q. 109. n. 19.*

Y

97 Y por esso en la decis. de Surdo, en que fue limitado el consentimiento ad fauorem forapani, se decidio que no se pudiesse estender a personas de diferente derecho.

98 Et videnda sunt, quæ tradit Salgad. *in labyrint. creditor. 3. p. cap. 13. §. vnic. n. 22. vers. quando consensus creditoris accommodatur specificè certæ personæ.*

Respuesta a los n. 55. hasta el 62. que es el final inclusiue.

99 Lo que la parte contraria pondera en estos numeros, de que la cosa que salio, y se enagenò del fideicommisso, si despues la persona grauada la boluiesse a adquirir ex alio titulo, boluerà a recaer en el mismo fideicommisso.

No es possible que se aplique, y ajuste a los terminos deste pleito.

100 Tanto porque aqui las legitimas, ô alimentos que se dieron a los hijos en propiedad perfectè liberè, & absolutè, sin calidad, ni grauamē de reuersion (vt in facto, & in iure suprà abundè fundatum existit.)

101 Como porque la reuersion que dellas huuo a doña Ana de Messa, como heredera abintestato de sus quatro hijos, a quien sobreuiuio, fuit ex nouo, & diuerso titulo, scilicet hereditatis.

102 Y para ello son indubitables las doctrinas que se refieren in nostra vltima allegatione, *ex n. 55. vsque ad 62. inclusiue*, sin que en el papel contrario se responda a ellas, y solo se vale de la opinion de Peregrino *de fideicommiss. artic. 42. n. 22.* comunmēte reprouado por Fusario, y los demas autores, a que la parte coutraria no satisfaze, ni alegò otro alguno que nueuamente aya disputado el punto: y cos-

y costòle tan poco la replica, que solo fue por nuestras mismas dotrinas, de que alli nos hizimos replica, pero callò la respuesta por el embarazo q le hizo discurso tan legal, sin auer adelantado el discurso a nueua consideracion, demas de lo que alli se dixo, y ponderô.

103 Y lo que de a razon de a *14.* el millar replica en el *num.62.* para que no aya de ser a razon de a 20. lo pudiera tener por executado con la sentencia de reuista del Consejo, *memor. fol. 2. num. 1.* ad fin. en la qual se determinò en la legitima de doña Maria de Sande, que aya de ser a razon de a 20. mil el millar, pues en las demas legitimas es preciso auerse de obseruar lo mismo, por ser la misma causa de pedir, y condicion de personas, vltra de lo demas que en razon deste punto se ha ponderado, y respondido por doña Maria de Sãde en sus papeles antes deste a que aora nos remitimos.

De que resulta auerse de pronunciar en todo en fauor de doña Maria de Sande. Saluo, &c.

El Lic. D. Alonso de Aguilar.